

論 説

「民営化」に対する憲法的統制の可能性 (1) ——アメリカにおける民営刑事施設に関する 裁判例を素材に

小 牧 亮 也

はじめに

第一章 ステイト・アクション法理と「民営化」

第一節 判例概観

- 1 関係性理論
- 2 公的機能理論

第二節 検討

- 1 関係性理論
- 2 公的機能理論
- 3 日本憲法学との関係

第三節 小括

第二章 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性

第一節 ステイト・アクション法理と 1983 条訴訟・Bivens 型訴訟

第二節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性をめぐる 裁判例

- 1 West 判決
- 2 Richardson 判決以前の下級審判決
- 3 Richardson 判決 (以上、本号)
- 4 Richardson 判決以降の下級審判決

第三節 検討

第四節 小括

第三章 救済法上の諸問題と憲法的統制

第一節 Malesko 判決

第二節 Minneci 判決

第三節 検討

第四節 小括

おわりに

はじめに

近年、先進諸国において「民営化¹⁾」現象が著しく進展している。日本もその例外ではなく、様々な領域で「民営化」と呼ばれ得る現象がみられるのではあるが、近年におけるその特徴の一つとして、権力的かつ一定の裁量を伴う任務を私人に担わせるといった点があげられる。例えば、建築確認事務の民間開放²⁾がその典型例だが、他にも、駐車違反車両の取締り業務のように、一見すると私人それ自体は権力的任務を担っているとはいえない制度設計になっているものの、事実上、行政が担う権力的任務のありように大きく影響を及ぼすような判断作用を私人が担っているものもある³⁾。また、これまで国家が当然に担うものと考えられてきた刑事施設における業務の一部までもが、私人によって担わ

1) 本稿でいう「民営化」は、主に *privatization* の訳語として用いているが、その意味内容は多義的であるため、ここではあえてそれを定義づけることはせずに、本稿が「政府プログラムを実施するために、あるいは、政府に代わって他者に対するサービスを提供するために、政府が私的主体を利用する」現象を検討対象とすることだけ断っておく（「民営化」という訳語の選択へのこだわりもない）。こうした検討対象の限定は、アメリカを比較法対象国に設定することによるものである。すなわち、「ある活動領域あるいはサービス提供の責任からの政府の撤退」を指して「民営化」という語を用いる場合も当然あるが、合衆国憲法が政府に対して積極的な義務を課すことは稀であるため、アメリカでは、こうした意味での「民営化」現象がほとんど憲法上の問題関心を惹起しないという事情がある。以上に述べた「民営化」の二つの意味内容および検討対象の限定の事情については、Gillian E. Metzger, *Privatization as Delegation*, 103 COLUM. L. REV. 1367, 1370 (2003)。

2) 大橋洋一「建築規制の実効性確保——建築基準法を素材として」同『対話型行政法学の創造』（弘文堂、1999年）216-224頁、米丸恒治「建築基準法改正と指定検査機関制度の変容」政策科学7巻3号（2000年）253頁以下、金子正史「指定確認検査機関」同『まちづくり行政訴訟』（第一法規、2008年）259頁以下、確井光明『都市行政法精義Ⅱ』（信山社、2014年）42-175頁。

3) 高橋明男「駐車規制」ジュリスト1330号（2007年）17頁以下、米丸恒治『「民」による権力行使——私人による権力行使の諸相とその法的統制』小林武ほか編『「民」による行政——新たな公共性の再構築』（法律文化社、2005年）59-61頁。

れるといった現象も生じてきている⁴⁾。

このような現象に対して、憲法学はどのように向き合うべきなのだろうか。というのも、憲法学においては、伝統的に、「国家という統治団体の存在を基礎づける基本法⁵⁾」としての憲法という理解が一般的だったからである。そのような理解からすれば、国や地方がかつて担っていた任務を私人に担わせるといった状況を創出させる「民営化」現象に対して、それを憲法上どのように位置づけ、いかにして憲法的統制の対象にし得るのが問題になるはずである。

そして、この問題と密接な関わりを有するテーマである憲法の私人間効力論を研究対象としてきた何人かの論者が、「民営化」現象に対して一定の関心を寄せつつあるのが現状である。例えば、君塚正臣は、自説（憲法の最高法規性重視説）の一貫性と妥当性を検証するために、公私混在的性格をもつ組織を素材にして検討を加えている⁶⁾。藤井樹也は、「民営化」現象が私人間効力論にもたらすインパクトに関心を示しており⁷⁾、「民間委託や民営化によって憲法の義務を免れることを阻止する」ことが現代的課題になるとしている⁸⁾。宮下紘は、アメリカにおける「民営化」現象とそれをめぐる議論を直接の対象にして、ステイト・アクションの不在が認められれば、憲法の審査が閉ざされ、公的価値が希薄化される一方、ステイト・アクションの存在が認められれば、外部委託された主体の行為は憲法の価値に拘束され、私的自治が侵害されるおそれがあるため、ステイト・アクション法理は、「不在」・「存在」いずれが認められても「不幸な」帰結を導く可能性があることを指摘する⁹⁾。その

4) 刑事立法研究会編『刑務所民営化のゆくえ——日本版 PFI 刑務所をめぐる』(現代人文社、2008 年)、藤本哲也「我が国の新しい PFI 刑務所の試み」法学新報 115 巻 1・2 号 (2008 年) 1 頁以下、花村博文「PFI 刑務所 官民協働による刑務所運営の現状と今後の課題」論究ジュリスト 2 号 (2012 年) 220 頁以下、佐伯仁志ほか「〈座談会〉PFI 刑務所」論究ジュリスト 2 号 (2012 年) 224 頁以下。戸部真澄「日独における刑務所民営化政策の法的検証」山形大学法政論叢 35 号 (2006 年) 95 頁以下は、ドイツとの比較を通じて、日本における刑事施設「民営化」のあり方の特徴を描き出し、その法的問題点を検討している。

5) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第 5 版)』(岩波書店、2011 年) 3 頁。

6) 君塚正臣「第三セクターと憲法の私人間効力論」同『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008 年) 453 頁以下。

7) 藤井樹也「非営利法人の権利侵害行為とステイト・アクション法理」国際公共政策研究 7 巻 2 号 (2003 年) 30-31 頁。

8) 君塚正臣ほか『VIRTUAL 憲法』(悠々社、2005 年)〔藤井樹也執筆〕105 頁。

9) 宮下紘「民営化時代における憲法の射程——ステイト・アクション法理に対

うえて、「現実にステイト・アクションがあるかどうかではなく、理論的に民営化時代における憲法に拘束されるべき『ステイト』『アクション』とは何かを明示する¹⁰⁾」ことの必要性を説いている。そうしたなかで、日本における「民営化」現象の特徴をあぶり出したうえで、それと私人間効力論との関係について考察を加えているのが、複透である。複によれば、「日本の『民営化』事業が公権力と民間事業者とによって営まれ、その前提として、公権力が事業の枠組みを作成する」ことからすれば、その公権力の活動に憲法の拘束が及ぶと考えればよく、私人間効力論を用いる必要はないという¹¹⁾。

以上のように、「民営化」現象に対する憲法学の議論状況は、憲法の適用の可否、是非、要否に関心が集まっているといえるが、こうした議論のあり方は、私人間効力論を研究対象としてきた論者によるものであるだけに、ある意味当然であるように思われる。しかしながら、他方で、「民営化」現象それ自体の特徴が十分にふまえられているのかは疑問もある。というのも、「民営化」現象においては、「民営化」によって権限を付与された私人の行為に対する憲法拘束の問題に加えて、公権力による権限付与のあり方を問うという視点も必要になってくるのではないかと思われるからである。例えば、権限を付与された私人の行為が憲法違反であるとの評価を受けた場合、それが権限付与のあり方それ自体の欠陥に起因することもあり得るのであり、そうであれば、公権力による権限付与のあり方も含めた、総合的な視点からの考察を加えることによってはじめて、「民営化」に対する憲法的統制がより実効的なものになるのではないかと考えられるのである¹²⁾。この点に関わって、日本の「民

する新たな挑戦」一橋法学3巻3号(2004年)1345頁。

10) 同上1353頁。

11) 複透「民営化の憲法問題に関する覚書——憲法の適用範囲からの考察」専修法学論集111号(2011年)187頁。

12) 高橋雅人「民営化における多元的行政の民主的正当化」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』(敬文堂、2011年)77頁以下は、ドイツにおける「民主的正当化」論の観点から公権力による権限付与のあり方の問題にアプローチしている。また、以下の高橋の一連の業績も参照。同「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一断面——人間の尊厳と多元的行政組織」早稲田法学会誌59巻1号(2008年)295頁以下、同「ガバナンスと規律的調整構造(Regelungsstruktur)の概念——国家性の相対化と正当化論」早稲田法学会誌60巻1号(2009年)339頁以下、同「ガバナンスの法構造——民主的正当化と責任分担の観点から」早稲田法学会誌61巻1号(2010年)295頁以下。

営化」現象における私人間効力論的発想の不要性を説いた榎が、そのすぐ後の箇所、「ただし、『民営化』された公共サービスに対して法律による適切な規制が存在し、かつ、それが憲法の規定と矛盾しないことが必要である¹³⁾」と留保を付している点に注目すべきである。これは、「民営化」に際して公権力が「適切な規制」を施した形で権限付与すべきことを意味しているものと理解でき、まさに、「民営化」現象における公権力による権限付与のあり方それ自体が憲法論として課題になり得ることを示唆しているように思われるのである。

以上のような問題関心の下で、「民営化」に対する憲法的統制のための理論枠組みを模索することが最終的な課題となるが、本稿では、その端緒となる作業として、アメリカにおける民営刑事施設¹⁴⁾をめぐる憲法論、とりわけ裁判実務におけるその現状を把握し、最終的な課題を遂行する上での方向性を模索することを目的とした。

アメリカにおける議論を素材とすることには、次のような二つの理由がある。まず前提として、アメリカでは、「民営化」現象に関して生じた憲法上の権利侵害を裁判所にとりあげさせるためには、たいいていの場合、ステイト・アクション要件をクリアする必要がある¹⁵⁾。この論点は、日本では、私人間効力論のフィールドで論じられてきたものであり、日本とアメリカとの国家構造や憲法構造の差異¹⁶⁾をふまえてもなお、日本の議論に対して一定の影響を及ぼしてきたものである¹⁷⁾。そして、「民営化」現象に対して関心を寄せてきた論者の多くが、私人間効力論、とりわけアメリカにおけるステイト・アクション法理を研究対象にした経験

13) 榎・前掲注(11) 187頁。

14) 本稿では、刑の執行のための施設(いわゆる刑務所)以外にも、被疑者・被告人を拘禁・収容するための施設を含めて、刑事施設と呼ぶことにする。

15) 詳しくは第一章冒頭を参照。なお、アメリカにおいても「民営化」の憲法上の限界という形で議論する余地がある。この論点については、稲葉一将「アメリカにおける privatization の公法的限界——私人に対する権限委任を中心に」名古屋大学法政論集 213号(2006年) 507頁以下を参照。また、これを論じた最近の英語文献として、See, e.g., Harold J. Krent, *The Private Performing the Public: Delimiting Delegations to Private Parties*, 65 U. MIAMI. L. REV. 507 (2011)。

16) 連邦制の存在を強調するものとして、田中英夫『英米法のことは』(有斐閣、1986年) 26頁、奥平康弘「基本的人権としての思想・信条の自由の法的性格と意義」労働法律旬報 727号(1970年) 17頁。連邦制の存在とともに、条文の規定の仕方の差異を強調するものとして、藤井樹也『「権利」の発想転換』(成文堂、1998年) 211-212頁。

17) 後掲注(21)に掲げた諸文献を参照。

をもつことからすれば、ステイト・アクション法理が重要な位置を占めるアメリカの議論状況を把握することには、一定の意義があるものと思われる。とくに、近年、アメリカにおいて、「民営化」現象を前にして、既存のステイト・アクション法理の枠組みが機能不全に陥っており、「憲法の保障なき民営化¹⁸⁾」をもたらすことになるとする見解もあり、憲法の適用問題においてアメリカがどのような課題に直面しているかを知ることが、日本においても意味のあることだと思われる。これが第一の理由である。

第二の理由は、アメリカにおける議論のなかでも民営刑事施設を素材とすることに関するものである。既存のステイト・アクション法理が機能不全に陥っていると評価されるなかにあっても、民営刑事施設に関しては、下級審ではあるが、ステイト・アクションが認定される傾向にある¹⁹⁾。そうであるにもかかわらず、近年、民営刑事施設における憲法上の権利侵害が主張された事例において、ステイト・アクション要件ではなく、救済法上の理由でその主張を退ける判決が連邦最高裁によって二件下されている²⁰⁾。これらの判決は、そのほとんどが特殊アメリカ的要素によるものであるが、その一方で、「民営化」に対する憲法的統制をより実効的なものにするという観点から、日本においても考えておくに値する問題を含んでいるように思われる。

本稿は次のような構成をとる。まず、第一章において、判例法理としてのステイト・アクション法理がどのような特徴をもつものであるかを確認し、それが「民営化」現象との関係でどのような帰結を導き出し、どのような問題を抱えているのかを明らかにする。そして、そこで明らかになったことが、日本におけるステイト・アクション法理の議論状況とどのような関係があるのかについても検討する。第二章では、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性に関する裁判例を素材として、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断の論理構造を明らかにし、それがもつ意味について検討を加える。そして、第三章

18) Daphne Barak-Erez, *A State Action Doctrine for an Age of Privatization*, 45 SYRACUSE L. REV. 1169, 1183 (1995).

19) 詳しくは第二章第二節を参照。

20) 詳しくは第三章第一、二節を参照。

では、救済法上の理由で民営刑事施設の行為に対する憲法違反の主張を退けた二件の連邦最高裁判決の分析を通じて、憲法の適用問題にとどまらない問題が憲法論の対象になり得ることを示したい。

第一章 ステイト・アクション法理と「民営化」

「はじめに」でも述べたように、アメリカでは、「民営化」現象に関して発生した憲法上の権利侵害を裁判所にとりあげさせるためには、まずもってステイト・アクション要件をクリアする必要がある。これは、憲法上の権利が原則として政府を拘束するものであり、一定の要件を満たした場合にのみ私人を拘束する、という判例において確立した理論であり、「民営化」により政府から権限を付与された主体であっても、それが私人である以上、ステイト・アクション要件を満たす必要がある。以下では、このステイト・アクション要件が判例においてどのように理解されており、それがどのような特徴をもち、また、「民営化」との関係でどのような帰結を導き出し、どのような問題を抱えているかということ、主としてアメリカの学説を参考にしながら明らかにしたい。そして、そこで明らかになったことが、日本の議論状況とどのような関係があるのかについても検討を加える。なお、ステイト・アクション法理に関する連邦最高裁判例の展開については、すでに膨大な先行業績²¹⁾があ

21) ステイト・アクション法理をある程度総論的に紹介・検討した日本の先行業績として、芦部信喜「人権規定の私人間における効力」同『現代人権論——違憲判断の基準』(有斐閣、1974年)3頁以下、同「私的団体に対する人権規定の効力」同『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981年)361頁以下、同『憲法学Ⅱ 人権総論』(有斐閣、1994年)314-327頁、鶴飼信成「人権保障の私人間における効力——平等権をめぐって」同『司法審査と人権の法理——その比較憲法史的研究』(有斐閣、1984年)183頁以下、木下智史「合衆国における私人間の人権保障」同『人権総論の再検討——私人間における人権保障と裁判所』(日本評論社、2007年)69頁以下、君塚正臣「アメリカのステイト・アクション論」同『憲法の私人間効力論』(悠々社、2008年)102頁以下、榎透『憲法の現代的意義——アメリカのステイト・アクション法理を手掛かりに』(花書院、2008年)、宮下紘「ステイト・アクション法理の理論構造」一橋法学7巻2号(2008年)239頁以下、同「ステイト・アクション法理の根底にあるもの」憲法理論研究会編『憲法変動と改憲論の諸相』(敬文堂、2008年)17頁以下、松井茂記『アメリカ憲法入門(第7版)』(有斐閣、2012年)210-215頁、樋口範雄『アメリカ憲法』(弘文堂、2011年)559-575頁。安部圭介「州憲法の現代的意義(四)(五)——ウォーレン・コート後のアメリカにおける人権保障の新しいあり方」法学協会雑誌121巻8号(2004年)1071頁以下、11号(2004

るため、その詳細についてはここではとりあげず、「民営化」現象との関係での考察に必要な限りで、判例にふれることにしたい。

なお、ステイト・アクションが認められるためにはいくつかの道筋があるが、以下では、私人の行為に対する政府の関わりに着目する関係性理論と、私人が行使する機能の性格に着目する公的機能理論との、大きく二つに分けてみていくこととする²²⁾。

第一節 判例概観

1 関係性理論

判例法理の現状を理解するにあたって、重要な位置を占めるのが1974年の *Jackson v. Metropolitan Edison Co.*²³⁾ である。この事件は、州からの免許を受け州の広範囲規制に服する私企業たる電力会社による、料金不払いを理由とした告知・聴聞のない電力供給の打ち切りが、デュー・プロセス条項に違反するかが争われたものである。連邦最高裁は、ある事業が州の規制に服しているという単なる事実がその事業の行為を州の行為に変えるわけではなく、また、その規制が広範囲であり詳細であるという事実があっても同様であるとしたうえで、ステイト・アクションが認められるためには、被規制者の問題とされた行為を州自体の行為とみなすことができるほど、両者の間に十分に密接な関係がなければならな

年) 1831 頁以下は、州憲法におけるステイト・アクション法理について検討している。

22) 芦部・前掲注(21)『憲法学Ⅱ』314頁以下は、国有財産の理論、国家援助の理論、特権付与の理論、司法的執行の理論、統治機能の理論に分類している。君塚・前掲注(21)102頁以下は、公的機能の理論、司法的執行理論、州の介入の理論に分類している。松井・前掲注(21)210頁以下も同様に、公的機能理論、司法的執行理論、州の介入に分類している。宮下・前掲注(21)「ステイト・アクション法理の理論構造」247頁以下は、関係性理論、公的機能理論、執行理論に分類している。樋口・前掲注(21)559頁以下は、2つの例外法理として、公的機能の例外、政府との深い関わりによる例外に分類し、司法的執行理論を後者に含めている。本稿は、原則として宮下の分類と用語に従いつつ、執行理論については、衰退化傾向が指摘されていることと、本稿が「民営化」との関係に焦点を当てていることから扱わない。アメリカの学説における分類法については、木下・前掲注(21)135-137頁が簡潔に紹介している。

23) 419 U.S. 345 (1974). 本判決を紹介した日本語文献として、畑博行「*Jackson v. Metropolitan Edison Co.*, 419 U.S. 345 (1974) ——電力会社による供給停止は state action ではない」[1976 - 2] アメリカ法 255 頁以下。

いと定式化した²⁴⁾。そして、原告による以下の主張、すなわち、州が電力会社に独占的地位を与えた、公益事業が憲法の拘束を受ける公的機能にあたる、州が供給打ち切りを特別に承認した、州と電力会社が共生関係にある、といった主張をそれぞれ順々に検討していき、いずれの主張もステイト・アクションを認めるには不十分であると判示した²⁵⁾。この判決で特に注目しておきたいのは、ステイト・アクションが認められるためには、私人の問題とされた行為への州の関わりが要求されることを明らかにした点である²⁶⁾。つまり、本件でいえば、電力会社による供給打ち切りという行為そのものに対して、それが州自体の行為とみなせるほどに州が十分に密接に関わっていなければならないことになる。

そして、この定式は、本判決以降の連邦最高裁判決における関係性理論の特徴をなすものであり、同日に下された1982年の二つの判決、*Rendell-Baker v. Kohn*²⁷⁾と*Blum v. Yaretsky*²⁸⁾にも引き継がれている。前者は、特別の必要のある生徒のための教育プログラムをつくることを要求する州法の下で、麻薬やアルコール中毒などで公立高校を卒業できなかったほとんどの生徒を受け入れ無償教育を行う契約を州と結んでいる私立学校が、理事長の方針に反対したことを理由に教師を解雇したことについて、その教師が、表現の自由を保障する修正1条およびデュー・プロセス条項違反を主張した事例である。この私立学校は、予算の90%以上が州の公的資金でまかなわれており、州による様々な規制に服していた。連邦最高裁は、ステイト・アクション該当性について、私立学校による解雇決定が州に正当に帰属し得るか否かを問うとし、州が強制的な権限を行使するか、あるいは、明示的であれ黙示的であれ私人の選択が法的に州の選択であるとみなされねばならないほどの重要な奨励を提供していた場合にのみ、州は私人の決定について責任を負い得ると述べた。そして、予算の90%以上にあたる公的資金提供や広範な規制

24) 419 U.S. at 350-51.

25) *Id.* at 351-59. 芦部・前掲注(21)「私的団体に対する人権規定の効力」413頁は、ステイト・アクションの成立を基礎づける各要件を個別に順次分析する手法をとったことを、*Jackson* 判決の最大の問題点と評する。

26) Sidney Buchanan, *A Conceptual History of the State Action Doctrine: The Search for Governmental Responsibility*, 34 *Hous. L. Rev.* 333, 404 (1997).

27) 457 U.S. 830 (1982).

28) 457 U.S. 991 (1982).

の存在にもかかわらず、人事事項への州の規制がほとんどなかったために、ステイト・アクションは認定されなかった²⁹⁾。

また、メディケイドの受給資格のある患者に対して医療を提供する、州の指定を受けた民間のナーシング・ホームが、事前の告知や聴聞の機会を与えずに患者へのサービスを変更し、それにより患者への医療扶助が減額されたことについて、それがデュー・プロセス条項の適用を受けるステイト・アクションにあたるか否かが争われた Blum 判決でも、同様の判断が示された。連邦最高裁は、ナーシング・ホームにおけるサービス変更は、医師の専門的な判断に基づいており、州がそれを積極的に命じたものとはいえないなどとし、ステイト・アクションを認定しなかった³⁰⁾。Rendell-Baker 事件と同様に、本件の民間のナーシング・ホームは、医療費の 90% 以上を州からの補助でまかっていたのであるが、そのように民間組織の存立基盤を実質的に州が支えている場合であっても、それはステイト・アクション該当性判断に影響を及ぼさないことが明らかにされたといえる。

その後、労災保険による医療費の支払いを民間の保険会社が事前の告知や聴聞なくして停止したことが、デュー・プロセス条項に違反するかが争われた、1999 年の American Manufacturers Mutual Insurance Co. v. Sullivan³¹⁾ においても、Jackson 判決以降の傾向、すなわち、私人の問題とされた行為への州の関わりに着目するという判断手法が引き継がれていることが明らかにされた。本件では、労働災害による医療費の支払いについて疑義がある場合には、保険会社は、州の労災補償局へ利用審査 (utilization review) を要求することができ、民間組織である利用審査委員会による審査の間、医療費の支払いを留保できるとする州法が存在していた。連邦最高裁は、被規制者の問題とされた行為を州自体の行為と

29) 457 U.S. at 841-42.

30) 457 U.S. at 1005-11.

31) 526 U.S. 40 (1999). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、君塚正臣「労災審査手続とステイト・アクション——AMERICAN MANUFACTURERS MUTUAL INSURANCE COMPANY, et al. v. Delores Scott SULLIVAN et al., 526 U.S. 40 (1999)」ジュリスト 1191 号 (2000 年) 66 頁以下、福岡久美子「労災補償支払停止に関する憲法上の問題——American Manufacturers Mutual Insurance Company v. Sullivan, 119 S. Ct. 977 (1999)」阪大法学 50 巻 4 号 (2000 年) 673 頁以下。

みなすことができるほど両者の間に十分に密接な関係が存在しなければ、本件の保険会社は憲法の拘束を受けることはないとし、そのような密接な関係が存在するか否かは、州が強制的な権限を行使していたか否か、あるいは明示的であれ黙示的であれ私人の選択が法的に州の選択であるとみなされねばならないほどの重要な奨励を州法が提供していたか否かに依存すると述べた。そして、本件で、州は、保険会社に対して、争いのある医療費の支払いを留保する権限を付与しているがそれを要求してはおらず、支払い留保の決定は明らかに私的主体によりなされ、それは州により確立された基準なくして私的主体の判断に依存していることから、ステイト・アクションは存在しないと判示されている³²⁾。

しかしながら、以上でみたような連邦最高裁判例の傾向は、2001年の *Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*³³⁾ において、変化の兆しを見せているようにも見える。本件は、公立高校290校、私立高校55校が加盟する、州内の高校間スポーツを規律する非営利組織 (*Tennessee Secondary School Athletic Association (TSSAA)*) が、規則違反 (部員獲得のための不当な影響力の行使) をした学校に対して行った処分について、それがデュー・プロセス条項に違反するか否かが問題となった事例である。連邦最高裁は、これまでの私人による問題とされた行為への州の関わりに着目するのではなく、「TSSAA の名目的な私的人格は、その構成および働きにおける公的制度および公務員の広範な関わり合いにより押さえ込まれる」と述べ、TSSAA そのものと州との間に「広範な関わり合い (*pervasive entwinement*)」が存在することに着目して、ステイト・アクションを認定している。具体的には、TSSAA の加盟校の84%が公立学校であること、加盟校の校長や教頭などから構成される TSSAA の委員会の会合を公立学校職員の勤務時間中におこ

32) *Id.* at 52-55.

33) 531 U.S. 288 (2001). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、安部圭介「ステイト・アクション法理の現在——高校体育連盟の法的位置づけ」ジュリスト1207号 (2001年) 156頁以下、木下智史「*Brentwood Academy v. Tennessee Secondary School Athletic Association*, 531 U.S. 288 (2001) ——学校間運動競技を規律する州中等学校体育連盟による加盟校の処分は、合衆国憲法第14修正の適用をうけるステイト・アクションとみなしうる」[2002-1] アメリカ法151頁以下、藤井樹也「ステイト・アクション法理——州規模の非営利スポーツ協会の行為はステイト・アクションとなるか」ジュリスト1239号 (2003年) 140頁以下、同・前掲注(7) 15頁以下。

なっていること、州教育委員会のメンバーが TSSAA の委員会のメンバーとなっていること、TSSAA の職員が退職年金制度上で州の公務員とみなされることなどを、ステイト・アクションを認定する根拠としている³⁴⁾。問題は、本判決が先例としてどのような意味をもつのか、ということである。Jackson 判決以降の連邦最高裁判例の傾向とは異なり、私人と州との間の関わりを総合的に考慮しているため、今後、ステイト・アクション認定が活発化していく兆しと捉えることができるかもしれない³⁵⁾。その一方で、本判決が、ステイト・アクション認定の根拠として、州内のほとんどの公立高校の加盟や TSSAA の委員会への州公務員の参加、さらには TSSAA 職員のための州公務員用の退職年金制度の存在などを強調していることからすると、「広範な関わり合い」というのは、そう簡単に認定されるものではないとも考えられる。

2 公的機能理論

公的機能理論の現状においても重要な位置を占めているのが Jackson 判決である。連邦最高裁は、「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を私人が行使する場合に、ステイト・アクションが認定される（以下、「排他性テスト」とする）と述べ、公益に影響を及ぼすような事業だからといって、それが直ちにステイト・アクション認定の根拠にはならないことを明示した³⁶⁾。これ以降、公的機能理論を理由としたステイト・アクション認定のためには、この排他性テストが満たされねばならなくなったのである。ただし、この排他性テストが実際にどのような場合に満たされるのかは、それほど明確ではない。Jackson 判決自身は、排他性テストを示したすぐ後の箇所ですべて、「もし我々の扱う事件が、土地収用のような、伝統的に主権と結びついた権限を、州からの委任を受けメトロポリタン社が行使しているといったものであれば、我々の事件は全く違ったものであっただろう。しかし、ペンシルベニア州法は、規制を受ける公益事業者に対してサービス提供義務を課している一方で、州に対して

34) *Id.* at 298-302.

35) 安部・前掲注 (33) 158 頁は、本判決の判断枠組みについて、「個々の状況に応じた肌理細かな判断が期待できる」とし、好意的に評価する。木下・前掲注 (33) 155-56 頁は、本判決の判断枠組みの不明確性を指摘する。

36) 419 U.S. at 352-54.

はそうした義務を課していないのである³⁷⁾」と述べる。ここでは、排他性テスト充足のためには、州に対する特定のサービス提供の義務づけの存在を必要とするという理解が示されているようにみえるが、この点について、本判決はこれ以上詳しくは述べていない。

この排他性テストの内実について、比較的詳細に展開したその後の判決として、1978年の *Flagg Brothers, Inc. v. Brooks*³⁸⁾ がある。この事件は、州法に基づき倉庫業者が未払いの保管料を得るために先取特権を行使して商品を売却した行為が、デュー・プロセス条項に違反するかが争われたものである。連邦最高裁は、「多くの機能が伝統的に政府により担われてきた一方で、『排他的に州に留保されてきたもの』はほとんどない³⁹⁾」と述べ、そうした領域にあたるものとして、黒人排除のための一連の白人予備選挙会事件 (*White Primary Cases*)⁴⁰⁾ と会社町に関する1946年の *Marsh v. Alabama*⁴¹⁾ を挙げ、両者が共に排他性という特徴を有することを指摘する。すなわち、前者では、民主党およびその下部組織が行う選挙がテキサス州において唯一の意味のある選挙だったのであ

37) *Id.* at 352-53.

38) 436 U.S. 149 (1978).

39) *Id.* at 158.

40) ここであげられているのは、私的な政治団体による予備選挙に先立つ選挙における黒人排除が、投票における人種差別を禁止する修正15条に違反すると判示した *Terry v. Adams*, 345 U.S. 461 (1953)、党大会の決議による予備選挙からの黒人排除がステイト・アクションにあたると判示した *Smith v. Allwright*, 321 U.S. 649 (1944)、州法による授権に基づく党執行委員会による黒人の予備選挙参加排除がステイト・アクションにあたると判示した *Nixon v. Condon*, 286 U.S. 73 (1932) である。*White Primary Cases* を紹介・検討した日本語文献として、木下智史「政党と結社の自由 (一) ——アメリカにおける候補者指名過程の法的統制の展開を素材として」法学論叢 118 巻3号 (1985年) 92-98頁、落合俊行「政党の憲法的地位」同『アメリカ政党の憲法学的研究』(法律文化社、1996年) 1頁以下、高橋和之「アメリカの予備選挙制度と政党の法的地位研究序説——予備選挙の投票資格規制とステイト・アクション法理」法律論叢 83 巻2・3号 (2011年) 263頁以下。

41) 326 U.S. 501 (1946)。この事件は、会社が私有し運営する会社町においてエホバの証人が町の許可なしに宗教的文書を配布したため、不法侵入を罰する州法に違反して起訴された事件であり、連邦最高裁は、私的な会社の土地は私有地ではあるが所有は絶対的な支配権を意味するのではないとしたうえで、私人が所有する町の施設は公衆の利益のために運営されており、その運営が本質的に公的機能にあたるので、それは通常の町と同様に憲法に拘束されると判示した。*Id.* at 505-06。本判決を紹介・検討した日本語文献として、芦部信喜「出版・信教の自由——私的団体による侵害」同『人権と議会政』(有斐閣、1996年) 587頁以下。

り、後者では、Gulf 造船会社が所有する道が当該町における唯一の道であったことを強調するのである⁴²⁾。他方、本件では、倉庫業者による競売が私的紛争を解決する唯一の手段ではないとし、次のように述べる。すなわち、「債権者と債務者は、選挙される公職に就こうとする人、あるいは、アラバマ州チカソーで文書を配布することを望むエホバの証人よりも、歴史的に、はるかに多くの選択肢をもっていた」と⁴³⁾。ここでは、排他性がどのような場合に認められるのかが述べられており、本判決によれば、ある機能へのアクセスの選択肢が限られている場合に、その機能が排他性を帯びることになるとされる。ただし、Jackson 判決がいう、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及はなく、この点との関係は明らかではない。

関係性理論のところでもとりあげた 1982 年の二判決、Rendell-Baker 判決と Blum 判決は、公的機能理論によるステイト・アクション認定についても言及している。Rendell-Baker 判決は、「担われている機能が『伝統的に州の排他的な特権』であるか否か」を問うとしたうえで、州が特別の必要のある生徒のために公費でサービス提供する意図をもっていることを示す州法の存在にふれつつも、そうした立法上の政策選択は、そのサービスを州の排他的特権にするものではないとし、次のように述べた。「実際に、連邦控訴裁判所は、州が最近まで伝統的な公立学校により扱われ得ない生徒に対する教育を引き受けてこなかったことを指摘している。ある私的主体が公衆に奉仕する機能を担っているということが、その行為をステイト・アクションにするのではない」と⁴⁴⁾。ここでは、連邦控訴裁が認定した歴史的事実に基づいて、特別の必要のある生徒への教育を州が担ってきたわけではないことが強調されており、排他性テスト充足のためには、歴史的事実として州がある機能を排他的に担ってきたことが必要であるという理解が示されているように見える。ただし、Flagg Brothers 判決がいうような、特定の機能へのアクセスの選択肢が限られていたかどうかの検討はなされておらず、また、Jackson 判決がいう、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及もない。

42) 436 U.S. at 158-60.

43) *Id.* at 161-62.

44) 457 U.S. at 842.

Blum 判決でも、ナーシング・ホームが担う機能は「伝統的に州の排他的な特権」ではないとされた。まず、ナーシング・ホームにおけるサービス提供に関わる二つの実定法(ニュー・ヨーク州憲法および連邦メディケイド法)にふれ、それらがそのサービスへの財政援助の根拠にはなるものの、州に対してそのサービス提供それ自体を要求するものではないとした。そして、たとえ州の義務がそうした性格をもつものであるとしても、「ナーシング・ホームの日々の運営における決定は、伝統的かつ排他的に主権によりなされる公衆のための決定の類ではない」と述べ、ステイト・アクションを認定しなかった⁴⁵⁾。ここでは、Jackson 判決がいうところの、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無への言及があることに注目されるが、連邦最高裁はそうした義務づけの存在を否定している。興味深いのは、仮に義務づけがあったとしても、排他性テストを満たすとは限らないとしていることであるが、この点についての詳しい説明はない。

その後の判例の展開で目を引くのは、民事裁判における人種に基づく陪審員忌避の合憲性が争われた 1991 年の *Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*⁴⁶⁾ である。この事件で、連邦最高裁は、民事訴訟における陪審員忌避がステイト・アクションに該当することを認めたのではあるが、その根拠の一つとして、陪審員忌避が「政府の伝統的な機能」であることをあげている⁴⁷⁾。ここでは、Jackson 判決以降問題になってきた「排他性」を示す言葉が欠如していることが注目される。この点については、先例違反であると反対意見が批判するところではあるが⁴⁸⁾、学説のなかには、公的機能理論の「部分的な復活」と捉えているものもある⁴⁹⁾。そ

45) 457 U.S. at 1011-12.

46) 500 U.S. 614 (1991). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、紙谷雅子「*Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 111 S. Ct. 2077 (1991) ——連邦裁判所での民事陪審選出における理由の要らない、いわゆる絶対的忌避は政府の行為を構成するか」[1992 - 2] アメリカ法 323 頁以下、同「民事陪審における絶対的忌避——法廷における私人による人種差別についての一考察」北大法学論集 43 巻 5 号 (1993 年) 1244 頁以下、藤田浩「*Edmonson v. Leesville Concrete Co., Inc.*, 111 S. Ct. 2077 (1991)」広島経済大学研究論集 15 巻 3 号 (1992 年) 105 頁以下。

47) *Id.* at 624-28.

48) *Id.* at 640 (O'Connor, J., dissenting).

49) Buchanan, *supra* note 26, at 385.

の後、刑事裁判における弁護側が行った人種に基づく陪審員忌避の合憲性が争われた1992年の *Georgia v. McCollum*⁵⁰⁾ においても、同様の判断が示されている⁵¹⁾。

しかし、その後の判例では、排他性への言及の欠如は定着したものはなっていないようである。Sullivan 判決では、州が保険者に対して「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を委任したかどうかが問われたが、医療提供や労働者保険給付の提供を州に対して義務づける州法が存在しないと、州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無を論じた Jackson 判決の一節が引用されている。また、争いのある医療費の支払いの留保に対する州の対応についての州法の変遷（留保の際の州による承認の必要→不要）を指摘することで、歴史的実践からも排他性テストの充足を否定している⁵²⁾。

また、Brentwood Academy 判決は、公的機能理論には依拠しなかったのであるが、TSSAA 側の主張への応答の箇所、ステイト・アクションが認定されるためには、「担われている機能が排他的かつ伝統的に公的なもの」でなければならないと述べ、排他性テストに言及している⁵³⁾。そのことからすると、連邦最高裁における排他性への言及の欠如は一時的なものであったと解するのが妥当であると思われる⁵⁴⁾。

50) 505 U.S. 42 (1992). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、橋本裕蔵「*Georgia v. McCollum* 60 U.S.L.W. 4574 (U.S. June 18, 1992)」比較法雑誌 26 巻 3 号 (1992 年) 48 頁以下、紙谷雅子「*Georgia v. McCullum*, 112 S.Ct. 2348 (1992)——第 14 修正は刑事被告人が人種差別的意図をもって行使した絶対的忌避に適用されるか」[1993 - 2] アメリカ法 310 頁以下、藤田浩「*Georgia v. McCullum*, 112 S.Ct. 2348 (1992)」広島経済大学研究論集 16 巻 2 号 (1993 年) 79 頁以下、遠藤比呂通「陪審選定手続における人種問題」憲法訴訟研究会 = 芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998 年) 228 頁以下。

51) *Id.* at 52-53.

52) 526 U.S. at 55-57.

53) 531 U.S. at 302-03.

54) ある下級審判決は、「Jackson 判決で提示され……た政府機能の基準を、単純な省略というあからさまな子どもじみた行動 (transparent puerilism) により、連邦最高裁が急激に変更しようとしたとは我々は考えない。もし先例を変更しようとしたなら、連邦最高裁は明示的にそうしていたはずである」と述べる。United Auto Workers v. Gaston Festivals, Inc., 43 F.3d 902, 906 n.2 (4th Cir. 1995).

第二節 検討

1 関係性理論

まず、関係性理論についてであるが、これは、1974年のJackson判決以降、私人の問題とされた行為への州の関与に着目して、私人の行為が州自体の行為とみなされるほどの密接な関わりが要求されるものとして連邦最高裁により用いられてきた。そして、その姿勢は、たとえある私的組織が政府の広範な規制に服しており、また、その財政的基盤のほとんどを実質的に政府が支えているような場合であっても変わらなかった。しかし、2001年のBrentwood Academy判決によって、「私人の問題とされた行為への関わり」ではなく、その私人そのものへの州の「広範な関わり合い」が認められれば、その私人をステイト・アクターとみなすことができるとの判断が示され、判例の傾向が変わった、あるいは、変わりつつあると考えることができるかもしれない。ただし、これがステイト・アクション要件の緩和につながるかどうかは今のところ判然としないように思われる⁵⁵⁾。以下では、判例の動向をこのように捉えたいうえで、これが「民営化」の文脈においてどのような帰結を導き出し得るのかという点に焦点を当てて検討するが、その際に参考になるのがGillian Metzgerによる分析である。

まず、Jackson判決からSullivan判決までの傾向である、「私人の問題とされた行為への政府の関わり」という要件と「民営化」との関係について、Metzgerは次のように述べる。多くの「民営化」の事例において、私人への公的コントロールや関与というものはめったに存在せず、「民営化」は、しばしば、プログラムの実施を全体として私人に委ねるか、あるいは、かつて公的組織であったものの運営責任を私人に委ねることを意味するものとなっている。その現代的な典型例が社会福祉プログラムであり、そこでの私的サービス提供者は、自らで日々の決定を規則的に行っているものであり、それへの公的関与は、私的提供者が満たさねばならない一般的な要件を発することや、定期的な点検にとどまっている。したがって、問題とされた行為への政府の関与によるステイト・アクション

55) この点については、藤井・前掲注(7) 26-28頁が、アメリカの学説における評価にふれながら検討を加えている。

ン認定は困難であるというのである⁵⁶⁾。たしかに、判例法理においては、その政府の関与というのは、私人の行為を政府自身の行為とみなし得るほどの関わりでなければならないのであり、一般的な要件や定期的な点検では、私人の行為を自らの行為とみなし得るほどの関わりとはいえないだろう。

そこで注目されるのが、*Brentwood Academy* 判決における、私人そのものへの政府の「広範な関わり合い」に着目してステイト・アクションを認定するという判断手法である。しかし、*Metzger* は、「広範な関わり合い」の水準に達するほどの政府の「背景的関与 (background involvement)⁵⁷⁾」がステイト・アクション認定の根拠になる可能性があることを認めながらも、なおも「民営化」の事例におけるステイト・アクション認定は困難であると指摘する。というのも、*Brentwood Academy* 判決において、連邦最高裁は、TSSAA への公務員の関与に重きをおいており、そして、その公務員が単にコントロールしていたのではなく、TSSAA のほとんどすべての運営行為に携わっていたことを指摘していたからである。連邦最高裁が何を決定的な要素として考えていたかは明らかではないが、公務員が私的組織の運営に携わっていたことを重視しているのだとすれば、やはり「民営化」の事例におけるステイト・アクション認定は困難であるといえるだろう。実際、*Brentwood Academy* 判決では、*Rendell-Baker* 判決を参照しながら、政府による契約サービスの購入は、そのサービス提供者を公的主体に変えるものではないと述べているのである⁵⁸⁾。政府と契約を結び、多額の補助金を受け、広範な規制に服していたとしてもそれがステイト・アクション認定の根拠にならないとした *Rendell-Baker* 判決を参照していることも、「広範な関わり合い」要件がステイト・アクション認定の活性化に資さないことを示していると *Metzger* は指摘する⁵⁹⁾。

そして、以上のことの裏返しとして、契約や制定法、規則などを通じ

56) *Metzger, supra note 1, at 1416-17.*

57) *Metzger* は、この語を、*Jackson* 判決から *Sullivan* 判決までの傾向である「問題とされた特定の行為への政府の関与」という語と対置させて用いている。 *Id. at 1417-18.*

58) 531 U.S. at 299.

59) *Metzger, supra note 1, at 1418.*

て生じる政府による私的主体への権限委任という事実に判例法理がほとんど重きをおいていないことを Metzger は問題視する。すなわち、判例法理を前提にすれば、私人による独立した判断や裁量の行使を可能にする権限委任であっても、それが政府による重大なコントロールや関与の欠如を示すものとして考えられるがゆえに、そうした広範な権限の委任は、ステイト・アクションを否定する根拠として機能してしまうのである⁶⁰⁾。そして、このことが意味するのは、広範な裁量を伴う権限を付与された私的主体の方が、政府の綿密な監督の下で行動し、そうであるがゆえに権限濫用の蓋然性が低い私的主体よりも、憲法の拘束に服しにくくなるということである⁶¹⁾。もっとも、実際の「民営化」の事例において、全くのフリーハンドで私人に権限が委任されるということはなく、何らかの統制手段、例えば、私人の決定を政府が審査する不服審査手続が設けられていることがあり、そのような場合には、(下級審判決ではあるが)ステイト・アクションが認定されることもあった。例えば、メディケア HMO (Health Management Organization)⁶²⁾の会員がメディケア HMO の争訟手続きの改善を求めた 1999 年の *Grijalva v. Shalala*⁶³⁾ において、連邦控訴裁は、ステイト・アクション認定の根拠の一つとして、メディケア HMO の決定の際の法的枠組みを政府が設定していたことや、その決定を覆すことのできる政府への不服審査手続が存在していたことをあげていた⁶⁴⁾。このように、ステイト・アクションが認定されるほどの政府による統制手段が設けられていればよいのであるが、必ずしもそうでないことは、先述した連邦最高裁判例をみれば明らかである。例えば、*Rendell-Baker* 判決では、人事についての政府の規制がほとんどないこ

60) *Id.* at 1418-1419.

61) *Id.* at 1425.

62) HMO とは、定額前払の会員費を払うことで包括的なヘルスケアサービスを提供する、保険者と医療提供者の両者の役割を兼ね備えたヘルスプランであり、伝統的な出来高払い型のヘルス・ケア・プランと比べて、定額の保険料を前払いすることで、予防医療や医療補助器具を含めた包括的な医療サービスを受けられる点に特徴がある。そして、法律に基づいて連邦政府と契約することで、メディケア受給者に対して医療サービスを提供できるようになる。これがメディケア HMO である。大浜啓吉＝関根雅樹「アメリカにおけるメディケアの発展と Due Process の権利」比較法学 35 卷 2 号 (2002 年) 289-299 頁。

63) 152 F.3d. 1115 (9th Cir. 1998), *vacated*, 526 U.S. 1096 (1999). 本判決を扱う日本語文献として、同上 287 頁以下。

64) *Id.* at 1120.

とが重視されていたし、Blum 判決では、患者へのサービスの切り下げが医師の専門的判断に基づいていたことが強調されていたのである。

以上のように、関係性理論は、近年、その活性化傾向⁶⁵⁾が指摘されているにもかかわらず、事実上存在する（かもしれない）政府の関与に依存するという特徴をもっており、そうした政府の関与が私人による権限濫用の蓋然性とは無関係に考慮されるという問題性をもつことが明らかになったと思われる⁶⁶⁾。

2 公的機能理論

次に、公的機能理論と「民営化」との関係についてであるが、「民営化」としての性格を有する事例である Rendell-Baker 判決と Blum 判決において、教育、医療の公的機能該当性がそれぞれ否定されていることから、「民営化」の事例における公的機能理論の適用可能性は低いものと思われる。しかしながら、他方で、公的機能理論に対しては、そもそもどのような場合にステイト・アクションが認定されるのかが明確ではないということが指摘できると思われる⁶⁷⁾。前節2でみたとおり、1974年の Jackson 判決は、「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」を私人が行使する場合にステイト・アクションが認定されるとする排他性テストを採用したのであるが、それをどのように理解するかは判例に

65) 宮下・前掲注 (9) 1336 頁。

66) 本稿が依拠した Metzger のステイト・アクション法理批判は、判例法理の過少包摂を問題視するものであるが、Metzger の批判は、判例法理の過剰包摂にも向けられている。後者をどのように受け止めるかは、Metzger が提唱する理論枠組みの評価に密接に関わってくることになるため、ここではごく簡単にふれるにとどめ、今後の検討課題としたい。Metzger が指摘する判例法理の過剰包摂とは、政府が主体的に何らかの規制を設けており、それが実質的にみて権限付与された私人の行為に対する憲法拘束としての役割を果たしている場合であっても、すなわち、私人の行為に対する憲法の適用が不要である場合であっても、判例法理の下では、私人の問題とされた行為への政府の関与があればステイト・アクションが認定されてしまうというものである。そうした事例として Metzger があげるのが、政府による統制システムが設けられており、それがステイト・アクション認定の根拠の一つになってしまった Grijalva 連邦控訴裁判判決である。Metzger, *supra* note 1, at 1426. そして、過少包摂と過剰包摂とが組み合わさることにより、既存の判例法理は、規律がないままに私人が権限行使できるような形で「民営化」をするインセンティブを政府に与えてしまっていることを Metzger は問題視する。Id. at 1432.

67) Jackson 判決以後の公的機能理論の混迷状況および排他性要件の曖昧さについては、榎・前掲注 (21) 52 頁注 140、54 頁注 143 が指摘している。

よって多様である。Jackson 判決は、①州に対する特定のサービス提供の義務づけの有無を強調し、Flagg Brothers 判決は、②ある機能へのアクセスの選択肢が限られている場合に、その機能が排他性を帯びるという理解を示していた。また、Rendell-Baker 判決は、③歴史的事実として州がある機能を排他的に担ってきたことが必要であるとしていた。なおかつ、これらの理解の相互関係も明らかにされておらず、排他性テストの全貌を解明することは現状では困難であるように思われる。したがって、以下では、それぞれの理解について個別的に検討を加えることにする。

①に対しては、芦部信喜による批判がある。芦部によれば、排他性テスト充足の根拠を州法による義務づけの有無に依存させてしまえば、州は、法律を改正することによって、憲法上の義務を回避できるようになってしまうのであり、まさに、そうした事態を不可能にするために発達したのが公的機能理論であったとされる⁶⁸⁾。この芦部の指摘は、ステイト・アクション認定の有無が政府の主体的な関与に依存するという関係性理論がもっていた特徴に対する指摘と相通ずる面があると思われ、その意味で「民営化」の文脈においても重く受け止められるべきものと考えられる。ただし、特定のサービス提供を放棄するという選択が民主的政治過程によって許容されるという事態は、そう簡単に想定できるものではないようにも思われ、州法による義務づけというのは、実際には、政府の憲法拘束回避に対する一定の歯止めとして機能する面もあるのではないかと思われる。例えば、Rendell-Baker 判決において、反対意見が言及しているように⁶⁹⁾、同事件における州法は、学校委員会に対して特別の必要のある生徒の認定と、そうした生徒のための教育プログラムをつくることを要求していたのである⁷⁰⁾。現代において、州が教育サービスの提供義務を免れることを可能にする立法は、そう簡単には成立しないようにも思われる。

68) 芦部・前掲注 (21)「私的団体に対する人権規定の効力」402-403頁。

69) 457 U.S. at 849-50 (Marshall, J., dissenting).

70) *Id.* at 832 n.1. この点を強調して、本件が Jackson 判決と区別可能であり、ステイト・アクションが認定されるべきであったと主張するものとして、David M. Stern, Comment, *State Action and Chapter 766: Rendell-Baker and the Demise of the Public Function Doctrine*, 19 NEW ENG. L. REV. 237, 252-53 (1983).

②については、そもそもこうした理解が連邦最高裁内でどれほど共有されたものになっているのかが不明であることが指摘できると思われる。実際、*Flagg Brothers* 判決で示されたこの理解は、後の判決において少なくとも明示的には踏襲されていないようである。*Flagg Brothers* 判決の *Stevens* 反対意見も、法廷意見の排他性理解それ自体が先例と整合するものではなく⁷¹⁾、「理解不能 (*incomprehensible*)⁷²⁾」なものであるとまで述べている。ただし、②は、「民営化」現象との関係で一定の意味を持ってくる可能性がある。例えば、政府が委託先を多数確保した場合には、ある機能へのアクセスの選択肢が広がり、排他性テストが満たされないといった状況が考えられよう。

③については、アメリカでは、伝統的に公的なものとして考えられてきたサービスや機能（収税、消防、福祉、教育、警察など）のほとんどすべてが、私人により担われてきた経緯があることにより⁷³⁾、「民営化」の事例において公的機能理論を用いるのは極めて困難になることが予想される。実際、学説のなかには、「民営化」されるサービスのほとんどが伝統的かつ排他的に州に留保されたものではないことを指摘したうえで⁷⁴⁾、現在の判例法理が、福祉、健康、教育についての関心を欠く古い国家観により形成されており、ロックナー主義的な思考に支配されていると批判するものもある⁷⁵⁾。

公的機能理論については、「排他性テストによりステイト・アクションを認定するための道をほとんど閉ざしてしまっている⁷⁶⁾」との評価があり得る一方で、そもそも、排他性テストの捉え方についての共通理解が定着しておらず、排他性テストがテストとして機能する前提を欠いているという問題もあるのではないと思われる。

3 日本憲法学との関係

以上の検討から、日本におけるステイト・アクション法理の受容状況

71) 436 U.S. at 172 (*Stevens, J., dissenting*).

72) *Id.* at 172 n.8.

73) Jody Freeman, *The Private Role in Public Governance*, 75 N.Y.U. L. REV. 543, 552-53 (2000).

74) Barak-Erez, *supra* note 18, at 1184.

75) *Id.* at 1186.

76) 宮下・前掲注 (9) 1342 頁。

に対して、どのような指摘が可能かを考えてみたい。日本国憲法解釈におけるステイト・アクション法理の受容のあり方についてのこれまでの議論⁷⁷⁾は、大雑把に言えば、接合、転用、応用といった分類が可能であるように思われる。芦部は、私人間における人権侵害行為の態様を、法律行為に基づく場合、事実行為に基づくが、その事実行為自体が法令の概括的な条項または文言を根拠として行われる場合、純然たる事実行為に基づく場合の三つに分類した上で、特定の人権規定につき直接適用があり得ることを前提に、前二者については、ドイツ流の間接効力説を採用しながら、後者については、アメリカのステイト・アクション法理を参照することで⁷⁸⁾、間接効力説にステイト・アクション法理を「接合」している。松井茂記は、日本国憲法を「政府」の基本法と捉えることによって、私人による行為であっても、どこまでが政府もしくは州の行為といえるのかという形で議論が展開しているアメリカの議論の組み立て方を適切なものとし⁷⁹⁾、ステイト・アクション法理の発想を日本国憲法解釈に「転用」しようとしている。これらの議論は、既存の判例法理をそのまま「接合」あるいは「転用」するのであれば、少なくとも「民営化」の事例との関係では、本節1、2で指摘した問題点が妥当することになる。

そこで注目されるのが、私人間紛争における利益衡量過程において、ステイト・アクション法理を参照枠組みとして利用しようとする見解である。木下智史は、憲法上の人権規定の効力が私人関係に及ぶかどうかという「入り口」問題と、いかなる権利がどのように衡量されるべきか

77) なお、以下でとりあげる議論は、より実践性を意識したステイト・アクション法理の受容のあり方を論じたものに限定している。その一方で、近年では、より抽象度の高い原理論レベルでステイト・アクション法理研究の意義を見出そうとするものもある。例えば、宮下紘「ステイト・アクション法理における公私区分再考(1)(2・完)」一橋法学5巻3号(2006年)961頁以下、6巻1号(2007年)157頁以下、櫻・前掲注(21)。愛敬浩二「憲法への期待と憲法学への落胆?—和田肇『人権保障と労働法』を憲法学者として読む』法律時報81巻3号(2009年)67頁が指摘する、「『国家観の対立』という『グランドセオリー』の次元」に関心を示す近年の私人間効力論研究の傾向は、ステイト・アクション法理研究内部においても妥当するように思われる。

78) 芦部・前掲注(21)『憲法学Ⅱ』296-300、314-327頁。

79) 松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣、2007年)331頁。また、同「憲法と新しいリバータリアニズム—『国家』、『社会』、そして『憲法』の射程』ジュリスト884号(1987年)56頁も参照。

という「実体」問題とを区別したうえで⁸⁰⁾、後者の検討の際に、被告たる私人と国家との特別の関係を考慮要素の一つとすべきことを主張する。具体的には、「国家によって地域独占などの特別の地位を与えられた公益企業との間の契約にあたっては、市民には事実上、契約締結の自由がなく、そこで私的自治が保護される必要性はないし、国家により特別の地位を与えられた私人が引き起こす不法行為も、通常より深刻な被害をもたらす」ことが想定されている⁸¹⁾。また、藤井は、日本国憲法が権利の侵害者を政府に限定しておらず、政府か私人かの二者択一判断にとられる必要がないことから、「政府との結びつきの程度に応じて権利侵害の成立可能性が異なると考え、政府との結びつきの程度と利益侵害の重大性の相関関係によって判断することができる」とする。すなわち、「行為主体のステイト・アクター度が高くなればなるほど私的自治が尊重される程度が低くなると考え」、「ステイト・アクター度が低くなればなるほど、権利侵害が成立するために要求される権利侵害の重大性が大きくなると考える」というのである⁸²⁾。

木下や藤井の議論は、ステイト・アクション法理から、その特徴の一つである政府か私人かの二者択一的思考を抜き取ったうえで、利益衡量過程において、政府と私人との関係や結びつきを考慮要素とすることで、ステイト・アクション法理を「応用」する試みであるといえる⁸³⁾。これについては、二者択一的思考をとらず、考慮要素として参照することで、「民営化」との関係で機能不全に陥っているステイト・アクション法理の問題性も、その限りで緩和されると思われる。ただし、「民営化」の事例において参照する際には、政府と私人との関係や結びつきの内実を問うことが必要になってくると思われる。例えば、本節1でも検討した

80) 木下智史「憲法学における私人間の人権保障理論」同『人権総論の再検討—私人間における人権保障と裁判所』（日本評論社、2007年）62頁。

81) 木下・前掲注(21) 161頁。

82) 藤井・前掲注(7) 29-30頁。

83) ただし、両者は、憲法規範の性格づけのレベルでは見解を異にしている。木下は、私人間効力が問題になる場面を事件が裁判所で争われる場面に限定したうえで、裁判所の作用が国家作用であることから、裁判所が両当事者の憲法上の主張を無視できず、その結果として憲法の効力が私人間に及ぶことになるとしており、理論構成上憲法の対国家的性格を維持している。木下・前掲注(80) 49-50頁。他方、藤井は、日本国憲法の条文構造から、憲法の対国家的性格にこだわる必要性を否定している。藤井・前掲注(16) 260-262頁。

ように、「民営化」における政府の私人への関わり方には、私人による権限行使を抑制するように機能する場合もあるし、逆に、政府の関与が希薄だからこそ、権利侵害が深刻化する場合もあるのである。そうすると、「国家により特別の地位を与えられた私人が引き起こす不法行為も、通常より深刻な被害をもたらす」とか、「ステイト・アクター度が低くなればなるほど、権利侵害が成立するために要求される権利侵害の重大性が大きくなる」とは一概にはいえず、考慮要素としてであっても、「民営化」の事例におけるステイト・アクション法理の参照には注意が必要であると思われる。

第三節 小括

本章では、ステイト・アクション法理に関する連邦最高裁判例を（とりわけ 70 年代以降の判例を中心に）概観し、その特徴をふまえたうえで、それと「民営化」現象との関係に焦点を当てて検討を加えた。その結果、判例法理としてのステイト・アクション法理は、「民営化」現象に十分に対応したものになっていないことが明らかになったと思われる。とりわけ、関係性理論については、政府関与依存的な特徴を有していることに加えて、そうした政府の関与が私人による権限濫用の蓋然性とは無関係に考慮されており、憲法的統制を実効的なものにするという観点からは、「はじめに」で言及したように）機能不全に陥っていると評価せざるを得ないように思われる。他方、公的機能理論に関しては、（とりわけ③について）機能不全に陥っていることは確かであるが、そもそも、排他性テストに対する共通理解が定着していないという問題も抱えているように思われる。また、日本憲法学では、これまで、ステイト・アクション法理を何らかの形で受容しようとする試みがあったが、とりわけ「民営化」との関係でのステイト・アクション法理の機能不全というアメリカの状況を目の当たりにすると、その受容のあり方には注意が必要であると思われる。

第二章 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性

本章では、公的機能理論が適用され、ステイト・アクションが認定される傾向にある民営刑事施設に関する裁判例を素材として、ステイト・アクションが認定されやすい理由を分析し、その含意を明らかにする。そのために、まず、民営刑事施設の行為の合憲性を争うための制度枠組みを概観し、次に、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性が争点となった裁判例およびそれに関連する裁判例を紹介し、検討を加える。なお、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性について正面から判断を下した連邦最高裁判例は存在しないため、本章で扱う多くの判例は下級審でのものである。

第一節 ステイト・アクション法理と 1983 条訴訟・Bivens 型訴訟

実際の裁判例において民営刑事施設の行為の合憲性が争われるのは、主に、その行為に対して損害賠償を求める場面においてである。そして、その際に用いられる訴訟形態が 1983 条訴訟と Bivens 型訴訟である⁸⁴⁾。1983 条訴訟とは、合衆国法典 42 編 1983 条に基づくものであり、州公務員の連邦法違反行為に対して救済を求めるための訴訟形態である。その訴訟が成立するためには、①連邦憲法あるいは連邦法により保障された権利が剥奪されたことと、②その権利を剥奪したとされる被告が州法の外観の下に (under color of state law) 行動したことを立証しなければならない。ステイト・アクション要件と関わるのは②である。②とステイト・アクション要件との関係については、Lugar v. Edmondson Oil Co.⁸⁵⁾ において、ステイト・アクション要件が満たされれば、その行為は州法の外観の下にある行為であると判示されており⁸⁶⁾、以下でとりあ

84) 両訴訟形態の概説として、宇賀克也『国家責任法の分析』(有斐閣、1988年) 326-342頁、植村栄治『米国公務員の不法行為責任』(有斐閣、1991年) 120-137頁、松井・前掲注(21) 220-223頁。詳細な研究として、田村泰俊『公務員不法行為責任の研究』(信山社、1995年)。

85) 457 U.S. 922 (1982)。

86) *Id.* at 935.

げる裁判例もそれに従って、②が満たされるか否かを判断する際にステイト・アクション認定の有無を検討している⁸⁷⁾。

次に、Bivens 型訴訟についてであるが、これは、Bivens v. Six Unknown Named Agents of Federal Bureau of Narcotics⁸⁸⁾ において認められた、連邦公務員の連邦憲法違反行為に対して損害賠償を求めるための訴訟形態であり、概ね 1983 条訴訟の連邦版として理解してよいものである。「連邦公務員」とあるが、1983 条訴訟と同様にステイト・アクション要件が充足されれば私人を被告とすることが可能であり、本章で扱う裁判例でも、連邦の被疑者・被告人や受刑者を収容する民営刑事施設およびその職員に対する訴訟は、この Bivens 型訴訟が用いられている。1983 条訴訟、Bivens 型訴訟ともに、ステイト・アクション要件が満たされる必要があるとされている点は共通している。なお、Bivens 型訴訟については、連邦公務員を被告とするものであるため、厳密には、ステイト・アクションではなく、フェデラル・アクションとすべきであるが、本稿では、引用箇所を除いて、訴訟形態に関係なく、ステイト・アクションで表記を統一することにする。

第二節 民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性をめぐる裁判例

1 West 判決

民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を検討するにあたって、まずとりあげなければならないのは、1988 年の West v. Atkins⁸⁹⁾

87) under color of state law の要件とステイト・アクション要件との関係性について検討した日本語文献として、木下・前掲注 (21) 109-117 頁、藤井樹也「Civil Rights Acts の一断面 (1) - (5・完)」三重大学法経論叢 15 卷 1 号 (1997 年) 21 頁以下、16 卷 1 号 (1998 年) 39 頁以下、2 号 53 頁以下、17 卷 1 号 (1999 年) 93 頁以下、18 卷 1 号 (2000 年) 65 頁以下。

88) 403 U.S. 388 (1971)。連邦麻薬取締官が令状なく住居に立ち入り家宅搜索したことに對して、それが不合理な搜索および押収等を禁止する修正 4 条に違反するとして、損害賠償を求め、認められた事例。

89) 487 U.S. 42 (1988)。本判決については、日本ではあまり詳しい検討はなされていないが、木下・前掲注 (21) 130 頁、君塚・前掲注 (21) 120 頁に簡単な紹介がある。また、論点は異なるが、高橋慶「ステイト・アクション法理における私的機能理論」法学研究論集 1 号 (1994 年) 152-154 頁でも扱われている。

である。これは、州刑務所とパートタイム契約を結ぶ医師による不適切な治療が、残虐で異常な刑罰を禁止する修正 8 条に違反するかが問題となった連邦最高裁判決であり、民間刑事施設の行為が争われた事例ではないが、後で検討する事例において引用されているため、ここでとりあげておくことにする。この事件の争点は、州刑務所とパートタイム契約を結ぶ医師の行為がステイト・アクションにあたるか否かである。

連邦最高裁は次のように判示した⁹⁰⁾。①受刑者は自らの治療を刑務所当局に依存せざるを得ない。そのことに照らして、州は、修正 8 条の下で、拘禁されている人に対して適切な治療を提供する憲法上の義務を負う、と連邦最高裁は判示した⁹¹⁾。②州は、その義務を果たすために被上訴人のような医師を雇って、その専門的な判断に委ねている。州法により有効にされたその関係により、Atkins 医師は、West のような受刑者を治療することを認められ、その義務を負っている。③ Atkins は、州法の権威をまもって治療にあたるのであり、ステイト・アクターと正当に呼ばれ得る人である。④もし Atkins が、原告である受刑者の重大な医療上の必要に対して意図的無関心を示すことにより自らの権限を濫用すれば、その結果としての権利侵害は、ステイト・アクションの探求にとってレバントな意味で、州による拘禁を通じた処罰権限の行使、および、州から独立して治療を受けることの否定により引き起こされるのである。

この判決では、被告である医師が州と契約を結ぶことにより州の義務を負った点が強調されているのであるが、ここで注目したいのは④である。というのも、④では、受刑者による医師の選択の余地を州が否定したことにより、受刑者が治療を受けられる可能性が刑務所と契約を結ぶ医師に依存している状況について述べられているのであるが、それは、第一章でみた判例法理の傾向とはやや異なるように思われるからである。すなわち、近年の判例法理が、私人の特定の行為への州の関わりが

90) 487 U.S. at 54-55.

91) ここで引用されているのは、修正 8 条が拘禁による処罰を受ける受刑者への医療提供をする義務を政府に課していると判示した *Estelle v. Gamble*, 429 U.S. 97, 103 (1976) である。*Estelle* 判決は、州刑務所の被収容者に対して適切な医療提供をしなかった州矯正局長、当該施設の刑務官、州矯正局の医療担当者兼刑務所病院の医療担当者に対する訴訟だったため、ステイト・アクションの問題は生じていない。

見出せるか否かや、伝統的に排他的な州の特権を担っているか否かなど、極めて形式主義的な判断枠組みを採用してきたのに比して、本件では、被害者のおかれた状況を考慮に入れるという柔軟な発想が伺えるのである。

そして、民営刑事施設との関係で重要なのは、受刑者による医師の選択の余地を州が否定したことにより受刑者の従属性が生じたという West 判決の論理は、民営刑事施設の場合であっても基本的に妥当すると考えられることである⁹²⁾。すなわち、たとえ民営刑事施設が契約を結んで外部の医師を雇っていたとしても、州が処罰権限を行使して受刑者を拘禁し、受刑者による医師の選択の余地を否定しているのであれば、やはり受刑者が治療を受けられるか否かは、民営刑事施設に雇われている医師に依存するからである。ただし、以下でみるように、下級審判決のすべてが、政府が受刑者や被拘禁者の従属性を生じさせたことを考慮に入れて、すなわち、④のような根拠に基づいてステイト・アクションを認定しているわけではない、ということに注意が必要である。民営刑事施設の行為が公的機能であるがゆえにステイト・アクションに該当するというのは、下級審においてほとんど一致がみられるにもかかわらず⁹³⁾、その理由づけは様々である。

以下では、下級審判決における民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性についての判断を、1997年の Richardson v. McKnight 連邦最高裁判決⁹⁴⁾の以前と以後とに分けて分析する⁹⁵⁾。Richardson 判決は、ス

92) West 判決が民営刑事施設の場合にも妥当することを主張するものとして、Ira P. Robbins, *The Legal Dimensions of Private Incarceration*, 38 AM. U. L. REV. 531, 603-04 (1989) ; Charles W. Thomas & Linda S. Calvert Hanson, *The Implications of 42 U.S.C. § 1983 for the Privatization of Prison*, 16 FLA. ST. U. L. REV. 933, 944-46 (1989).

93) ただし、民営刑事施設の被用者による雇用者に対する訴訟では、ステイト・アクションは認定されていない。See *George v. Pacific-CSC Work Furlough*, 91 F.3d 1227, 1230-32 (9th Cir. 1996); *Cornish v. Correctional Services Corp.*, 402 F.3d 545, 549-51 (5th Cir. 2005).

94) 521 U.S. 399 (1997). 本判決を紹介・検討した日本語文献として、田村泰俊「Richardson v. McKnight, 117 S. Ct. 2100 (1997) ——民間委託の収容(矯正)施設で、看守の違法行為を理由に提起された 42 U.S.C. § 1983 に基づく損害賠償請求訴訟で、公務員の享有する損害賠償に対する制限的免責は許容されないと判示された事例」[1998 - 2] アメリカ法 299 頁以下。

95) なお、以下で扱う下級審判決では、いずれも民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性に関わる判示事項のみをとりあげている。

テイト・アクション該当性について判断したものではないが、その過程で、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という歴史認識を示した⁹⁶⁾。この歴史認識は一見すると排他性テストの充足を不可能にするものであるようにもみえるため、Richardson 判決以降の下級審判決の多くは、この歴史認識と排他性テストとの関係性を積極的に説明する必要に迫られ、それをきっかけとして、民間刑事施設の行為のステイト・アクション該当性の理由づけがより充実したものになる傾向が伺えるのである。ここに Richardson 判決を時期区分の境とすることの意義が見出せると思われる。

2 Richardson 判決以前の下級審判決

一つ目にとりあげるのが 1991 年の *Skelton v. Pri-Cor, Inc.*⁹⁷⁾ である。これは、カウンティとの契約に基づいて私法人 (Pri-Cor) が運営する拘禁施設において、被拘禁者が、聖書の受け取りを拒否されたことおよび施設内にある図書館の利用を拒否されたことが修正 1 条および修正 8 条に違反するとして、Pri-Cor に対して 1983 条訴訟を提起した事例である。連邦控訴裁は、特定の行為が私的行為かステイト・アクションかの問題は、簡単な解答を許すものではないとしたうえで、「Pri-Cor は、拘禁施設として、疑いなく伝統的に州に留保された公的機能を担っている」と判示している⁹⁸⁾。ステイト・アクションの有無の問題は「簡単な解答を許すものではない」にもかかわらず、「疑いなく」という言葉を用いているように、少なくともこの裁判所にとって、民間刑事施設が公的機能を担っていることには議論の余地すらないようである。

次にとりあげるのが 1996 年の *Blumel v. Mylander*⁹⁹⁾ である。これは、裁判所による相当な理由 (probable cause) の決定なくして逮捕・拘禁されていた被疑者が、拘禁先であるカウンティのジュエイルを運営する私法人 (CCA) 等に対して、デュー・プロセスなくして違憲的に自由を奪ったとして、1983 条訴訟を提起した事例である。連邦地裁は、「政府が伝

96) 521 U.S. at 405.

97) 963 F.2d 100 (6th Cir. 1991).

98) *Id.* at 101-02.

99) 919 F. Supp. 423 (M.D. Fla. 1996).

統的なあるいは『公的な機能』を私人に委任すれば、私人はその機能の遂行に関して憲法の下での責任を負い得る」としたうえで、「例えば、もし州が私企業と刑事施設運営の契約を結べば、疑いなく、民営刑事施設の職員は公的機能理論の下で 1983 条訴訟に服することになる」と述べ、本件がその場合に当たるとしている¹⁰⁰⁾。ここでも、先ほどの Skelton 判決と同様に、「疑いなく」という言葉を用いているように、刑事施設の運営が公的機能にあたることを当然のことと考えているようである。

最後にとりあげるのが 1996 年の *Street v. Corrections Corp. of America*¹⁰¹⁾ である。これは、カウンティとの契約に基づいて私法人 (CCA) が運営するカウンティの拘禁施設において、他の被拘禁者から暴行を受けた被拘禁者が、CCA 等に対して、暴行からの保護を提供しなかったことおよびその後の適切な医療提供を怠ったことが修正 8 条に違反するとして、1983 条訴訟を提起した事例である。連邦控訴裁は、公的機能理論を用いるには、「私人が伝統的かつ排他的に州に留保された権限を行使している」ことを必要とするとしたうえで、「刑事施設の運営という『伝統的な州の機能』を担っている」という点で、本件の被告の行為がステイト・アクションに該当すると判示している¹⁰²⁾。この判決でも、やはり刑事施設の運営が公的機能にあたることの積極的な論証はなされていない。

以上、Richardson 判決以前の下級審判決をいくつかみてきたが、この時期の判決は、民営刑事施設の行為が公的機能にあたることを当然のことと考えているためか、民営刑事施設の行為が公的機能であるがゆえにステイト・アクションに該当することについては一致がみられるものの、いずれもその理由づけについてはほとんど説明がなされていない。以下では、Richardson 判決を概観したうえで、これ以降の下級審判決における民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断をみていく。

100) *Id.* at 426-27.

101) 102 F.3d. 810 (6th Cir. 1996).

102) *Id.* at 814.

3 Richardson 判決

本件は、私法人が運営する矯正施設において、看守による過剰拘束が憲法により保障された権利の侵害にあたるとして、原告である受刑者が、その看守に対して1983条訴訟を提起した事例である。争点は、一般公務員に認められる限定免責（qualified immunity）が、民営刑事施設の看守に認められるか否かである。したがって、本判決は、民営刑事施設の行為がステイト・アクションにあたるか否かについては判断していない。実際、本判決の末尾において、連邦最高裁は、「我々は、1983条訴訟の免責の問題のみに焦点を当てたのであって、私企業に雇われていても被告が1983条訴訟の下で責任を負うか否かには取り組んでいない。……被告が実際に州法の外観の下に行動したか否かを決めるのは、連邦地裁である¹⁰³⁾」と述べている。その意味では、本判決で示されたことをステイト・アクション認定に結びつけるべきではないと考えることもできるが、本判決の判示内容の理解の仕方が、本判決以降の諸判決において問題になるので、ここで簡単に紹介しておくことにする。

先にも述べたように、本判決の争点は、一般公務員に認められる限定免責が、民営刑事施設の看守に認められるか否かである。その点について、連邦最高裁は、限定免責の歴史および目的を検討することにより、本件での民営刑事施設の看守に限定免責が認められないことを判示している。歴史については、コモン・ロー上、刑事施設の看守の職を担う私人に対して認められる免責の伝統を示す証拠がないこと¹⁰⁴⁾、目的については、私企業の場合には、競争圧力にさらされ、それにより、訴訟が与えるインセンティブに応じて自らの行動を調節するようになるため、訴訟が提起されることにより萎縮効果が生じ、積極的な職務をなさなくなっておそれがないこと等¹⁰⁵⁾を指摘している。

そして、限定免責の歴史を検討する前提として、アメリカにおける刑事施設の歴史にふれて、次のように述べる。すなわち、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった。18世紀に、私人は地方のジェイルを運営しており、19世紀には、私的契約者が刑事施設の運営に重

103) 521 U.S. at 413.

104) *Id.* at 404-07.

105) *Id.* at 407-12.

大に関わっていた。「その時期に、……いくつかの州は、刑事施設の全システムを私人あるいは私企業にリースし、その私人あるいは私企業は、しばしば、被収容者の労働および規律を含めた刑事施設の運営に対する完全なコントロールを握っていた」と¹⁰⁶⁾。

アメリカにおいて刑事施設への私人の関与が珍しいことではなかったという歴史的事実は、多くの文献においても指摘されている¹⁰⁷⁾。しかし、そのような歴史認識を連邦最高裁が示したというのは、ステイト・アクションの問題を考えるうえで重要な意味をもつものと思われる。というのも、本判決が示した、「矯正機能は、決して排他的に公的なものではなかった」という歴史認識に基づけば、「伝統的かつ排他的に州に留保された権限」であるか否かを問うものとして連邦最高裁により定式化されてきた排他性テストをクリアすることが、不可能になるようにもみえるからである¹⁰⁸⁾。以下では、本判決の歴史認識に応答した下級審判決をとりあげ、民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性判断の実質的な根拠をみていく。

106) *Id.* at 405.

107) Richardson 判決において引用・参照されている文献の他では、刑事施設「民営化」の最近の状況も含めて、*See, e.g., Sharon Dolovich, State Punishment and Private Prisons*, 55 DUKE. L. J. 437, 450-62 (2005). また、民営施設の収容者数など近年の統計データがわかる日本語文献として、藤本哲也「諸外国におけるPFI刑務所について」犯罪と非行 172号 (2012年) 43-46頁。

108) Richardson 判決の歴史認識を前提にした場合、排他性テストにより民営刑事施設の行為のステイト・アクション該当性を肯定できることに疑問を呈するものとして、Robert Trant, Comment, *Richardson v. McKnight: Are Private Prison Operators Engaged in State Action for the Purpose of 42 U.S.C. §1983?*, 25 NEW ENG. J. ON CRIM. & CIV. CONFINEMENT 577, 606 (1999) ; CATHERINE M. DONNELLY, DELEGATION OF GOVERNMENTAL POWER TO PRIVATE PARTIES: A COMPARATIVE PERSPECTIVE 243 (2007).